Commission of Inquiry
into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar
Policy Review

National Security And Rights And Freedoms
A Background Paper
to the Commission's
Consultation Paper

December 10, 2004

106-03485/

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION 1
II. Sources of the Protection of Rights and Freedoms in Canada 2
1. The Charter of Rights and Freedoms 3
2. The *Canadian Human Rights Act* 4
3. International Law 4
4. Privacy 6
5. Access to Information 8
III. Challenges in the Context of National Security 8
1. Extraordinary Powers and Anti-Terrorism Offences 11
2. Exercise of Discretion 13
3. International Cooperation 16
4. Racial, Ethnic and Religious Profiling 18
5. State Inquiry into Religious/Political Beliefs 20
6. Expression and Association 21
7. Privacy 23
IV. CONCLUSION 24

NATIONAL SECURITY AND RIGHTS AND FREEDOMS

I. INTRODUCTION

National security activities directed to maintaining the safety and security of our country may affect rights and freedoms valued by Canadians and protected by the Constitution. The challenge in liberal democracies such as Canada is to balance the requirements of preserving the rights and freedoms essential to democracy, while also maintaining the security of the country against external and internal threats, including protecting the security of individuals within Canada against threats of terrorist violence.[1] The Supreme Court of Canada has observed:

> On the one hand stands the manifest evil of terrorism and the random and arbitrary taking of innocent lives, rippling out in an ever-widening spiral of loss and fear. Governments…need the legal tools to effectively meet this challenge.
>
> On the other hand stands the need to ensure that those legal tools do not undermine values that are fundamental to our democratic society – liberty, the rule of law, and the principles of fundamental justice – values that lie at the heart of the Canadian constitutional order and the international instruments that Canada has signed. In the end it would be a Pyrrhic victory if terrorism were defeated at the cost of sacrificing our commitment to those values.[2]

In the United States, the 9/11 Commission was prompted by this challenge to recommend the creation of a board to oversee protection of civil liberties in national security activities. In making this recommendation, the Commission commented that:

> The choice between security and liberty is a false choice, as nothing is more likely to endanger America's liberties than the success of a terrorist attack at home. Our history has shown us that insecurity threatens liberty.

---

[1] Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Freedom and Security Under the Law*, (1981) Second Report, vol. 1, at 43 [*McDonald Commission Report*].
[2] *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2002], 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1 at para. 3-4, [*Suresh* cited to S.C.R.].

> Yet, if our liberties are curtailed, we lose the values that we are struggling to defend.[3]

This paper will first outline sources of the protection of individual rights and freedoms in Canada. It will then review the potential challenges posed to these rights by national security activities. In particular, this paper will highlight the following issues:

1. extraordinary powers and anti-terrorism offences;
2. the exercise of discretion;
3. international cooperation;
4. racial, religious and ethnic profiling;
5. state inquiry into religious/political beliefs;
6. expression and association; and
7. privacy.

This paper is part of the Commission's Policy Review mandate. The purpose is to highlight issues that may be relevant in considering the design of a review mechanism for the RCMP in its national security activities.

II. Sources of the Protection of Rights and Freedoms in Canada

There are a number of sources for the protection of rights and freedoms. As discussed below, these include the Canadian constitution, and in particular the *Charter of Rights and Freedoms*; human rights codes; international law; and freedom of information and protection of privacy statutes.

---

[3] *The 9/11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States* (New York: W.W. Norton & Company) at 395.

1. The Charter of Rights and Freedoms

Fundamental to the protection of rights and freedoms is the Canadian constitution, including the *Charter of Rights and Freedoms*.[4] National security activities may affect rights and freedoms guaranteed in the *Charter*. These include section 2 (freedom of religion, expression, and association); section 7 (life, liberty and security of the person); section 8 (unreasonable search and seizure); section 9 (arbitrary detention and imprisonment), and section 15 (equality rights). They may also affect rights under international law such as the right not to be tortured. Particular examples are discussed in Part III, below.

It is important to note that the rights and freedoms protected under the *Charter* are not absolute. Infringements or limits on these rights are subject to justification by the government under section 1 of the *Charter*, which provides:

> The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Courts will engage in a form of proportionality analysis, to determine whether the limits on rights sought to be imposed by government can be demonstrably justified in a "free and democratic society", in order to achieve an objective of sufficient importance to warrant overriding the right. Values and principles essential to a free and democratic society include: "respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society."[5] Fundamental freedoms, legal rights and equality rights can also be subject to a renewable five year override under s. 33 of the *Charter*.

---

[4] *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act*, 1982, being Schedule B to the *Canada Act* 1982 (U.K.), 1982, c. 11.
[5] *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at 136.

2. The *Canadian Human Rights Act*

Another source for the protection of human rights and freedoms is federal, provincial and territorial human rights codes, which protect individuals from discrimination on certain grounds. The RCMP, for example, is subject to the *Canadian Human Rights Act*. Prohibited grounds of discrimination under the *Canadian Human Rights Act* are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted.[6] During the debate on Bill C-36, the *Anti-terrorism Act*,[7] Prof. Irwin Cotler, now Minister of Justice, had urged that a non-discrimination principle be expressly set out in the legislation, to specifically prevent the "detention, imprisonment or internment of Canadian citizens or permanent residents" on the basis of race, national or ethic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability.[8] This suggestion was not adopted. As discussed below, there is some concern that in the post 9/11 world, national security activities such as investigations may discriminate on the grounds of race, national or ethnic origin and religion. That is, there is some concern that individuals or groups may be treated adversely, or singled out, due to their race, national or ethnic origin, or religion.

3. International Law

International law also protects human rights and freedoms in Canada. Two aspects of international law may be relevant in domestic courts. The first is through treaties, covenants and other international instruments to which Canada is a signatory. The second is by way of application of customary international law. In 1948, the *Universal Declaration of Human Rights* was adopted by the United Nations General Assembly. Since then, Canada has entered into a number of international treaties and covenants by

---

[6] *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 3.

[7] Bill C-36, *An Act to amend the Criminal Code, the Official Secrets Act, the Canada Evidence Act, the Proceeds of Crime (Money Laundering) Act and other Acts, and to enact measures respecting the registration of charities, in order to combat terrorism*, 1st Sess., 37th Parl., 2001 (assented to 18 December 2001), S.C. 2001, c. 41 [*Anti-terrorism Act*].

[8] Prof. Irwin Cotler, "Terrorism, Security & Rights in the Post-September 11th Universe", (2002) 21 Windsor Y.B. Access Just. 519(QL).

which it agrees to protect human rights. In 1976, Canada acceded to the *International Covenant on Civil and Political Rights* and the Optional Protocol[9]. A number of articles of the *Covenant* are relevant to national security activities: prohibitions against torture or cruel and unusual punishment (Article 7), liberty and security of the person and protection from arbitrary arrest or detention (Article 9), protection from arbitrary or unlawful interference with privacy or attacks on honour or reputation (Article 17(1)), freedom of thought, conscience and religion (Article 18), and freedom from discrimination (Article 26). Canada is also a signatory to the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*.[10] International instruments signed by Canada thus provide a foundation for protection of rights and freedoms.

Unlike the Constitution or domestic legislation, international treaties and covenants are not legally binding on Canadian governments without implementing legislation.[11] However, the presumption is that legislatures intend to comply with Canada's international obligations. This means that, where the law is ambiguous, the interpretation that complies with international instruments signed by Canada will be the correct one.[12] At the same time, the Supreme Court of Canada has not excluded the possibility that domestic constitutional law may not in all cases provide the same protection as international law and has indicated that in exceptional circumstances deportation from Canada to face torture might be constitutional under the *Charter* even though the right against torture is framed in absolute and non-derogable terms in ICCPR and CAT.[13] International instruments are also used to help further understand the scope of Canada's constitutional protections for rights and freedoms.[14]

---

[9] U.N.T.S. 1976 No. 14668, vol. 999 at 171.
[10] Can. T.S. 1987 No. 36.
[11] Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd edition (Toronto: Butterworths, 1994) 330.
[12] *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437 at para. 137; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4 at para. 31; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141 at 173, Laskin C.J.
[13] *Suresh, supra* at para. 78.
[14] See for example *Suresh, Ibid.*, at para. 60.

Customary international law may also be a source of protection for rights and freedoms. Customary international law is applicable in Canada directly, without the need for implementing legislation, to the extent that it does not conflict with existing Canadian law.[15] Canada may also, as a matter of customary international law, advance a claim in state responsibility against another state with respect to the treatment of Canadian nationals in a foreign state. This is in addition to Canada's rights, as well as individual rights, under Conventions such as the Vienna Convention on Consular Relations and Optional Protocols.[16]

4. Privacy

An important aspect of personal freedom which may be affected by national security activities is privacy. As the McDonald Commission noted in its report:

> In a liberal society, which as a matter of principle wishes to minimize the intrusion of secret state agencies into the lives of its citizens and into the affairs of its political organizations and private institutions, techniques of investigation that penetrate areas of privacy should be used only when justified by the severity and imminence of the threat to national security. This principle is particularly important when groups may be subject to security intelligence investigations although there is no evidence that they are about to commit, or have committed, a criminal offence.[17]

The concept of privacy has many aspects, including territorial or spatial privacy; privacy of the person; decisional privacy; and privacy in relation to information.[18] Section 7 of the *Charter* guarantees the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. This broadly-framed section encompasses aspects of decisional, information and personal privacy interests: for example, rights related to physical or psychological integrity, or the

---

[15] *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160 (J.C.) at 167-168; *Reference Re Powers of Ottawa (City) and Rockliffe Park (Foreign Legations Reference)*, [1943] S.C.R. 208 at 213-214, per Duff C.J.

[16] Protocols 596 U.N.T.S. 261, *entered into force* March 19, 1967.

[17] McDonald Commission Report, supra at note 1 at 513.

[18] *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417 at 428, per LaForest J. (concurring); see also Daniel J. Solove, "Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy" (2000-2001) 53 Stanford L. Rev. 1393 at 1413 and 1436.

right to a sphere of autonomy within which to make basic personal choices. Specific protection for territorial and spatial privacy is found in section 8 of the Charter, which guarantees the right to be free from unreasonable search and seizure, and in section 9, which recognizes the right to be free from arbitrary detention. Finally, international instruments such as the *International Covenant on Civil and Political Rights* explicitly protect the right to be free from arbitrary interference with privacy.

The informational privacy interest receives some legislative protection at both federal and provincial levels, through statutes such as the federal *Privacy Act*.[19] The *Privacy Act* protects individual privacy with respect to information held by government institutions. It also provides individuals with a right of access to personal information about themselves held by government institutions, and a right to request correction of personal information when there is an error or omission in that information.[20] However, there are a number of statutory exemptions that allow government institutions to refuse individuals access to personal information about themselves, including refusal of access to correct erroneous personal information in the hands of government. In the national security context, the most relevant exemptions include personal information obtained in confidence from governments of foreign states or foreign institutions; international affairs or defence; law enforcement or investigation; and security clearances.[21]

There are also a number of "exempt banks", that is, whole categories of information exempt from the *Privacy Act*. Of particular significance to any examination of the impact of national security activities on rights and freedoms is that by executive order, the following personal information banks are designated as exempt: (a) Criminal Operations Intelligence Records under the control of the RCMP;[22] (b) the Canadian Security

---

[19] *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21.
[20] *Ibid.*, s. 12.
[21] *Ibid.*, ss. 19, 21, 22 and 23.
[22] *Exempt Personal Information Bank Order No. 13 (RCMP)*, SOR/90-149.

Intelligence Service Investigational Records under the control of CSIS[23]; and (c) National Security Investigations Records under the control of the RCMP.[24]

5. Access to Information

The federal *Access to Information Act*[25] and provincial equivalents provide a right of access to information in the control of government institutions, based in part on the principle that government information should be available to the public, subject to limited and specific exceptions. Access to information is an aspect of rights and freedoms in Canada. The Supreme Court of Canada has recognized that the overarching purpose of access to information legislation is to facilitate democracy.[26] Such legislation helps ensure that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process. Secondly, it helps ensure that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry, and plays an important role in transparency.

There are exemptions to the right of access to information. In the national security context, the relevant exemptions include information obtained in confidence from a foreign government, foreign institution, or international organization of states; international affairs and defence; law enforcement and investigations, and personal information.[27]

III. Challenges in the Context of National Security

National security activities always have the potential to adversely affect rights and freedoms. This is in part because these activities may involve the most intrusive powers of the state: electronic surveillance; search and seizure of property; information collection and exchange, with domestic and international security and intelligence and law enforcement agencies; and, potentially, the detention and prosecution of individuals.

---

[23] *Exempt Personal Information Bank Order No. 14 (CSIS)*, SOR/92-688.
[24] *Exempt Personal Information Bank Order No. 25 (RCMP)*, SOR/93-272.
[25] *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1.
[26] *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403.
[27] *Access to Information Act, supra* ss. 13, 15, 16 and 19.

The potential threat to rights and freedoms in the national security context is of particular concern in the post 9/11 context, where both citizens and governments, including security services and law enforcement agencies, are apprehensive of terrorist activities in all western democracies. The impact of terrorism has shaped the approach of security and law enforcement agencies: there is a greater degree of information sharing and cooperation with respect to terrorist threats; many western nations have significantly amended legislation to create extraordinary powers in the terrorism context relating to investigation, detention, and interrogation; and there is a significant shift in resources to the prevention of terrorist activities. Preventive and surveillance activities may not regularly be reviewed by the courts. Targets of a national security investigation may never become aware that they have been the subject of surveillance activities; for a variety of reasons, even if aware, individuals may choose not to make a complaint to the courts or review bodies.

It may be argued that counter-terrorism national security investigations, particularly in the post-9/11 context, pose a greater potential risk to rights and freedoms than traditional criminal investigations.[28] It is argued, for example, that:

1. there is the potential for overbroad use of intrusive powers;

2. there is more information sharing with potentially more significant consequences e.g., sharing with foreign governments;

3. the techniques used to collect information are subject to less external scrutiny (judicial, media, civil society), in part because there are fewer prosecutions and because of the option in some cases of immigration proceedings;

---

[28] For an overview of concerns and views on these issues, see for example the essays collected in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem, and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (Toronto: University of Toronto Press, 2001); and David Daubney et al., *Terrorism, Law & Democracy: How is Canada Changing following September 11?: Papers Presented at a Conference Organized by the Canadian Institute for the Administration of Justice, Held in Montreal, Quebec, Mar. 25-26, 2002* (Montreal: Canadian Institute for the Administration of Justice, 2002), and in the U.S. context, David Cole and James X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security* (New York: The New Press, 2d ed., 2002).

4. the investigative techniques are more surreptitious, approximating intelligence collection;

5. national security investigations may target legitimate forms of dissent, assembly and other non-criminal activity, thereby threatening freedoms of expression and association;

6. national security investigations may effectively target individuals based on race, religion or ethnicity, rather than on the basis of suspected criminal activity;

7. officials may act on information provided by other countries that may have resulted from torture or other prohibited acts, or may provide information to countries that engage in such acts;

8. officials may act on information provided by other countries that may not be reliable or whose reliability will be difficult to determine; and

9. officials may, in order to assist other countries, subject Canadian citizens and residents to surveillance, interrogation or other acts.

All of these issues may affect the exercise of rights and freedoms in multiple ways. By way of example, this paper presents the overlapping problems that may be posed by the creation of new offences and extraordinary powers to deal with terrorist activity; the exercise of discretion; the potential consequences of international cooperation and information sharing; the methods by which individuals and groups may be targeted for investigation, including racial, ethnic and religious profiling; the potential for state inquiry into religious and political beliefs; the chilling effect on freedom of expression and association; and the effect on privacy.

The purpose of the discussion that follows is to identify the kinds of restrictions on individual rights and freedoms that may result from national security activities. It is not the purpose of this paper to identify or comment on activities that have taken place, or

that are taking place. This paper discusses the theoretical possibilities and makes no comment on actual practices.

1. Extraordinary Powers and Anti-Terrorism Offences

Following the events of September 11, 2001, the Canadian government passed the *Anti-terrorism Act* and other statutes that created new anti-terrorism offences and established extraordinary new powers relevant to these offences. These offences and powers are discussed in greater detail in the background paper on the Statutory Framework for the RCMP's National Security Activities. The extraordinary powers include, for example, investigative hearings, preventive detention, and special search and surveillance powers. It should be noted that the preventive detention powers have never been invoked, and the investigative hearing power has only been used once, retrospectively, with respect to the Air India matter.

Section 83.28 of the *Code* permits the holding of judicial investigative hearings where a person with information about a past or future terrorist act may be compelled to answer investigators' questions put to him or her by a Crown attorney. Section 83.3 of the *Code* provides for warrants for preventative arrest where it is necessary to prevent terrorist activity. Extraordinary search and surveillance powers are also available when terrorist activity is targeted. These extraordinary powers are in addition to regular police powers, which may also be oriented towards the investigation and prevention of terrorist activity prior to its occurrence.

Some commentators have raised questions about the impact on rights and freedoms of the creation of extraordinary investigative powers for terrorist activity, and have raised concerns that existing safeguards may be insufficient.[29] During public debate prior to the passage of Bill C-36, the *Anti-terrorism Act*, government representatives argued that their

---

[29] See for example Kent Roach, "Did September 11 Change Everything? Struggling to Preserve Canadian Values in the Face of Terrorism" (2002) McGill L.J. 893; Martin L. Friedland, "Police Powers in Bill C-36" in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (Toronto: University of Toronto Press, 2001) at 269.

legal experts had found the laws to pass *Charter* muster. One commentator notes that "'*Charter*-proofing' is a minimal attainment", stating: "To predict a bill will survive *Charter* scrutiny implies nothing about the way that police officers will use it, nothing about the effectiveness of the bill in relation to its desired ends, and little about its consonance with larger principles of constitutionalism."[30] There is a also a concern that the judiciary may have difficulty avoiding "the temptation of being just a little more deferential towards the government and of leaning towards the state and away from rights in the post-September 11 world."[31]

On the other hand, other commentators have suggested that the new extraordinary powers are sufficiently respectful of rights and freedoms, and that the law reforms in response to terrorism are "both firm and conscientious of Charter rights."[32] One commentator suggests, for example, that the definition of terrorism targets opinions and beliefs "only in so far as they are related to overt criminal actions."[33] The implications of new extraordinary investigative powers for rights and freedoms appear to be a matter of some debate.

Some of the new extraordinary powers have already been the subject of judicial scrutiny. In particular, the Supreme Court of Canada has considered judicial investigative hearings, concluding that the provision permitting them is constitutional.[34] The majority of the Court concluded that the role of the judge presiding over the hearing was not simply to ensure that the witness answered questions, but also to ensure that the proceeding adhered to constitutional protections, including the protection of individual rights and freedoms.[35]

---

[30] W. Wesley Pue, "The War on Terror: Constitutional Governance in a State of Permanent Warfare?" (2003) 41 Osgoode Hall L.J. 267 at 287

[31] Roach, *supra*, note 29 at 926.

[32] David Jenkins, "In Support of Canada's Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law" (2003), 66 Sask. L. Rev. 419-454 at 454; see also Richard G. Mosley, "Preventing Terrorism Bill C-36: The *Anti-terrorism Act 2001*", in David Daubney et al., *Terrorism, Law & Democracy: How is Canada Changing following September 11?: Papers Presented at a Conference Organized by the Canadian Institute for the Administration of Justice, Held in Montreal, Quebec, Mar. 25-26, 2002* (Montreal: Canadian Institute for the Administration of Justice, 2002) at 145.

[33] *Jenkins, Ibid.*, at para. 17.

[34] *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42. [*Application under s. 83.28* cited to SCC].

[35] *Ibid.* at para. 53.

Other extraordinary investigative powers in the national security context have not yet come under judicial scrutiny regarding their effect on rights and freedoms.

2. Exercise of Discretion

Many of the decisions which are made in the context of national security are the result of the exercise of discretion – including "police judgment." These may include the decisions to input information into national security databases, to ask questions of individuals, to select targets for investigation, to recruit and run a human source, and to act upon information supplied by a foreign government. In each of these examples, an official has discretion to make a decision, and in each case, the privacy rights and interests of individuals will be impacted, as may other rights, such as the right to freedom from adverse treatment on discriminatory grounds.[36] Where no charges are laid, it will often be the case that there will be no external scrutiny of these discretionary decisions.

This is in contrast to many of the new extraordinary investigative powers discussed above, which have specific provisions for external scrutiny or supervision. In ruling on the constitutionality of investigative hearings, the Supreme Court emphasized the important role of scrutiny by the presiding judge. In a companion case, the majority of the Court also held that there is a rebuttable presumption that such hearings be held in open court.[37] The Court emphasized that open court proceedings support public confidence in the judicial system, as well as judicial independence and impartiality.[38] A presumption in favour of open scrutiny also supports protection of other rights and freedoms during the hearing. There are also requirements for annual reporting on the use of investigative hearings and the provision has been subject to a renewable sunset.[39]

However, few national security investigations actually receive the degree of scrutiny found within the investigative hearing process. Many aspects of the national security

---

[36] For a critical perspective on the exercise of discretion under the *Anti-terrorism Act*, see W. Wesley Pue, *supra* note 30 at 281-285.
[37] *Vancouver Sun v. Attorney General (Canada)*, 2004 SCC 43.
[38] *Ibid.* at para. 25.
[39] *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c-46, ss. 83.31-83.32.

activities of the R.C.M.P. are not directly subject to legislation or regulation, consisting instead of discretionary decisions about what activities or persons to investigate and how to do so.[40] Where policies or ministerial directives exist, these sometime contain general language or undefined terms, the application of which necessarily involves the exercise of discretion as well. For example, the goal of intelligence-led policing in the national security context may lead to the collection of a diverse range of information by both domestic and international police and intelligence agencies which is not necessarily directed to prosecuting a crime, but to preventing the commission of a possible crime. Moreover, when a crime is committed, decisions may be made in the national security context not to lay charges to protect Canada's foreign relations, the security of sources, or information sharing protocols with other countries. Where no charges are laid, the choice of investigative targets, and information collection, exchange and investigative methods will generally not be subject to judicial scrutiny, media coverage or public debate.

This poses particular challenges for ensuring the protection of fundamental rights and freedoms. It is clear that discretionary decisions by officials applying a law must be made in compliance with the *Charter*.[41] In the absence of specifically legislated measures to guide or review protection of rights and freedoms during national security investigations, however, it is challenging to ensure compliance with *Charter* values.

In addition, the extraordinary powers introduced by Canada's anti-terrorism legislation authorized new ministerial powers for executive officials. For example, the Attorney General of Canada holds broad discretion to protect the disclosure of "potentially injurious" and "sensitive" information under s. 38 of the *Canada Evidence Act*.[42] Persons who anticipate the disclosure of such information during the course of court proceedings must notify the Attorney General, who may apply to Federal Court for an order respecting the information. If a disclosure order is made, whether by the Federal Court

---

[40] Such discretion is arguably protected from political interference, at least in its specific application, by the principle of "police independence": See on this point the Background Paper on Police Independence.
[41] *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2002] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69.
[42] *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5; 2001, c. 41.

or, upon appeal, by the Federal Court of Appeal or Supreme Court of Canada, the Attorney General has the discretion to personally issue a certificate prohibiting disclosure in order to protect information received from or in relation to a foreign entity.[43] The Attorney General's certificate is binding, even during criminal proceedings.[44] There are provisions for judicial review of the certificate[45], but the grounds upon which the Attorney General exercises his or her discretion are difficult to review for compliance with constitutional values. This example may be illustrative of the difficulties of assessing whether the exercise of ministerial discretion in the national security context respects fundamental rights and freedoms.[46]

Another element of discretion in the national security context is that in cases involving those who are not citizens of Canada, the state has a discretion to choose whether to lay charges under the criminal law, or to proceed by means of immigration proceedings. Immigration law, including the security certificate process, provides for broader grounds of culpability than under the criminal law. It also allows for the possibility that some proceedings may be conducted in private and without the person being subject to the proceedings attending the proceedings.[47] The Supreme Court of Canada has recognized that non-citizens are vulnerable to discrimination[48] and the category of non-citizen can overlap with those groups who may be vulnerable to racial, ethnic and religious profiling, a topic to be discussed below. In addition, the immigration context, or the provision of information to foreign governments, raises the issue of the effects of a security investigation by Canadian officials on how the target of the investigation will be treated by other countries.

---

[43] *Ibid.*, s. 38.13.
[44] *Ibid.*, s. 38.14.
[45] *Ibid.*, s. 38.131.
[46] Lorne Sossin, "The Intersection of Administrative Law with the Anti-Terrorism Bill" in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (Toronto: University of Toronto Press, 2001) at 419-434.
[47] Audrey Macklin, "Borderline Security" in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (Toronto: University of Toronto Press, 2001).
[48] *Andrews v. Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143.

The high degree of discretion exercised by investigators on an operational level and by ministers and their delegated decision-makers may result in the vast majority of national security activities occurring many steps removed from external scrutiny. This may render their impact on rights and freedoms difficult to assess or to challenge.

3. International Cooperation

International cooperation during national security investigations may have the potential to impact rights and freedoms significantly. As countries coordinate their law enforcement and security intelligence activities, the effects of practices such as information sharing may increase exponentially, in both positive and potentially negative ways. The sharing of information internationally that was gathered during investigations in Canada may have a "ripple effect" beyond Canada's borders with consequences that cannot be controlled from within Canada. The legal power of Canadian courts and governments to require respect for constitutional rights and freedoms is exercised within Canada's territorial borders. Once persons or information exit Canada, it becomes much more difficult legally to ensure treatment of persons or information in accordance with Canadian constitutional rights and values.

The Supreme Court of Canada has recognized this problem in the context of extradition and deportation proceedings within Canada, particularly where the affected person could face torture or the death penalty in the destination country. The Supreme Court ruled that extradition to face the death penalty will violate section 7 of the *Charter*[49], and that deportation to face torture is impermissible.[50] In both instances the Court noted that there may be extraordinary exceptions. However, the Court stated that Canadian decision-makers must consider the potential consequences of their actions on rights and freedoms beyond Canadian borders. Where there is a sufficient connection between Canadian government actions and a subsequent deprivation of liberty outside Canada in violation of the principles of fundamental justice, section 7 of the *Charter* may be

---

[49] *United States v. Burns*, [2001] 1 S.CR. 283, 2001 SCC 7.
[50] *Suresh, supra* at note 2.

unjustifiably infringed. The Canadian government thus may bear responsibility within Canada for deprivations of liberty outside Canada as a result of its actions.

Beyond the direct risk of torture or death, the Supreme Court has recently recognized the possibility that compelled testimony from investigative hearings may be used against the witness in extradition or deportation proceedings, and subsequently passed on to other governments for prosecution purposes. The Court has indicated that such a situation would violate the right against self-incrimination, and that judges presiding over investigative hearings will set conditions to prevent such use of the testimony.[51] This touches on the impact of information collection and exchange prior to any ultimate decision to extradite or deport. However, it is clear that setting parameters for investigative hearings may only touch the tip of the iceberg of the potential consequences of international cooperation in national security activities for individual rights.

One American commentator has noted, for example, that "the most serious questions of human rights will arise not here, but abroad", if countries try to "reap the benefits" of activities forbidden by international human rights conventions, by attempting to obtain information about the plans of terrorists in countries which do not have similar standards on issues such as interrogations, detention, or surveillance.[52]

The opposite end of information exchange may also have implications for rights and freedoms. Canadian investigators may receive and act upon information from other countries. Receipt of this information may lead to significant personal consequences for individuals in Canada, such as surveillance, further collection of personal information, or interrogation, whether of themselves or of acquaintances. However, information obtained from other countries may not have been acquired in ways consistent with rights and freedoms protected here. It may, for example, have been obtained through torture or other unacceptable investigation techniques, or in the absence of checks and balances to ensure reliability. Without such assurances as to reliability and respect for rights and

---

[51] *Application under s. 83.28, supra* at note 37.
[52] Philip B. Heymann, "Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11" (2001-2002) 25 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 441 at 453-454.

freedoms, the entrance of such information into Canadian information banks could have unfortunate, cascading consequences.

This concern with potential lack of reliability of information is exacerbated because the subject of information will, until that information is divulged to him or her, have no way to identify whether or not the information in the hands of investigators is correct. Investigators, acting on incorrect information, may invoke a substantial array of intrusive techniques ranging from interviews of friends, employers and family through to applications for electronic surveillance or potentially investigative detention, all based on unreliable and incorrect information. We have already referred to personal information contained in data banks held by the RCMP and CSIS which are exempt from the *Privacy Act*, and exemptions in the *Privacy Act* which allow governments to refuse access to personal information or the right to correct such information on the grounds, for example, of law enforcement.

4. Racial, Ethnic and Religious Profiling

A number of the intervenors in this Inquiry have raised concerns about the targeting of Arab and Muslim communities through racial, ethnic, and religious profiling in the wake of September 11th.[53] Profiling can be defined broadly as the use of race, religion, or ethnicity as the sole reason or as a factor in a decision to detain or arrest an individual, or to subject him or her to further investigation.[54] It may stigmatize and place some groups in Canadian society at risk. Intervenors and academic commentators have expressed the concern that such profiling undermines the liberty, privacy and equality of innocent Canadians. In doing so, profiling may be vulnerable to a finding that it is discriminatory under s. 15 of the *Charter*. It also may implicate the individual's right not to be deprived

---

[53] *Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar*, see for example: Application for Standing of the Council of Canadians and the Polaris Institute, p. 6. Application for Standing of Canadian Labour Congress, pp. 3-4; Application for Standing of the Muslim Community of Ottawa-Gatineau, p. 9; Application for Standing of the Canadian Council on American-Islamic Relations, p. 7; Application for Standing of the Canadian Arab Foundation, p. 3; Application for Standing of the Muslim Canadian Congress, p. 4.

[54] Sujit Choudhry & Kent Roach, "Statutory Discretion, Constitutional Remedies, and Democratic Accountability" (2003) 41 Osgoode Hall L.J. 1-36 at para. 2 (QL).

of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

A further concern flows from the fact that no statute specifically mandates a choice by the police to engage in racial, ethnic, and religious profiling. This may mean that, if such profiling does occur, it takes place in the realm of discretionary operational decisions, removed from public debate or legislative scrutiny.[55] That is, racial, ethnic and religious profiling practices emerge not from a legislative direction, but from administrative discretion and investigative practice. The concern is that such discretion may be exercised without a thorough understanding of the cultural and religious mileu in which the investigation is conducted.

Further, as discussed below, the anti-terrorism offences require the police to inquire into the religious, political and ideological motivations of suspects. Another complicating factor is that today, many of the most active terrorist organizations and networks themselves identify with a particular religious creed. This raises the question of how to conduct an investigation into a requisite element of the offence (a political, religious or ideological purpose) without engaging in discriminatory profiling. This ties into issues regarding training, language ability, and many other issues.

At least in the present context, there is an additional concern that members of the Arab and Muslim communities, including recent immigrants and non-citizens, may feel reluctant to complain about the conduct of police authorities, or may feel compelled to answer questions. However, the same points may be made with respect to racial profiling in any other criminal context. For example, the Ontario Court of Appeal has recognized the existence of racial profiling by the police in relation to black Canadians.[56] Questions which arise include whether the national security activities of the RCMP have a different effect on rights and freedoms than the RCMP's more traditional policing activities, and

---

[55] *Ibid.*, at para. 58; Lesley A. Jacobs, "Securer Freedom for Whom: Risk Profiling and the New Anti-terrorism Act", Book Review (2003) 36 U.B.C.L. Rev. at 375-384.

[56] *R. v. Brown* (2003) 173 C.C.C. (3d) 23, 64 O.R. (3d) 161 (C.A.) at para. 9, 42-46; see also *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1995) (Co-Chairs: M. Gittens & D. Cole) at 358.

what sorts of responses are appropriate in cases where there has been discriminatory profiling.

5. State Inquiry into Religious/Political Beliefs

Another possible threat to rights and freedoms posed by national security activities is the degree to which they may lead to state inquiry into religious and political beliefs. A distinctive characteristic of the terrorism-related offences in the *Criminal Code* is that they are based on motivation, requiring that the prohibited activity take place "in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause."[57] This appears to mark a shift from the traditional proposition in criminal law that motive is not a necessary element of a crime, but rather may be a factor at sentencing. One commentator suggests that "the implications of prohibiting certain political or religious motives in our criminal law could be far-reaching."[58] While violence is excluded from *Charter* protection, the shift towards motive as an essential element in a crime may provide increased reason for national security investigations to involve inquiry into a subject's personal religious or political beliefs, or for investigation to stem from suspicions arising from a subject's personal beliefs.

One American commentator states that in the post-9/11 context: [59]

> [T]he FBI is now authorized to go into mosques and churches without identifying themselves, and collect information on Americans worshipping there. On the slightest hint of a connection to a foreign church or government, the FBI is required to share that information with the CIA, which is free to include it in any secret databases.

Similar concerns may arise in Canada. Essentially, investigators may be guided by the definition of terrorist activity in the *Criminal Code* towards increased inquiry and investigation based on religious or personal belief. In addition to privacy and freedom of

---

[57] *Criminal Code*, supra at note 42 s. 83.01(1)(a).
[58] Kent Roach, "The New Terrorism Offences and the Criminal Law" in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (Toronto: University of Toronto Press, 2001) 151 at 156.
[59] Kate Martin, "Domestic Intelligence and Civil Liberties" (2004) 24 SAIS Review 7 at 15.

religion and expression concerns, this issue relates to profiling. It is possible, in the course of an investigation, that an officer may consider questioning every member of a particular mosque, for example, or seeking intrusive surveillance of the activities of a religious leader.

6. Expression and Association

Freedom of thought, belief, opinion, expression and association are essential to democracy, and are protected under section 2 of the *Charter*. It has long been recognized, however, that one of the greatest concerns with respect to investigations relating to national security is the potentially chilling effect on legitimate dissent: indeed, one of the major concerns of the McDonald Commission was the improper targeting of legitimate dissent.[60] Those who exercise these freedoms to challenge our social, economic and political structures should not "have their activities noted in secret security dossiers to be used against them by the state..."[61] The present "zero tolerance" climate is a factor which may adversely affect rights and freedoms.

The breadth of the new anti-terrorism offences –financing and facilitating, for example – also increases the potential for state scrutiny of a wide range of associational and expressive activities, as well as privacy invasions.[62]

While the advocacy of violent overthrow of the state is not protected speech, the decision as to whether an organization is a terrorist organization may not be clear, and has significant consequences for rights and freedoms. In the United Kingdom, for example, both the Kurdistan Workers Party and the People's Mojahedin Organisation of Iran were proscribed by the government as "terrorist organizations", which meant that it was an offence punishable by imprisonment to belong to or arrange meetings of the organizations, to further their activities, or to financially contribute to such

---

[60] McDonald Commission Report, supra at note 1 vol. 2 pp. at 445-511.
[61] *Supra* at 46-47, 409.
[62] See, for example, David Schneiderman and Brenda Cossman, "Political Association and the Anti-Terrorism Bill" in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem, and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (Toronto: University of Toronto Press, 2001) at 173-194.

organizations.[63] Each organization challenged the government's determination that they were terrorist organizations, arguing that these organizations were respectively engaged in lawful armed conflict in the exercise of the internationally recognised right to self-determination of peoples, and a resistance movement committed to the establishment of a democratic government in a repressive state.[64] The potential for political abuse of the ability to proscribe "terrorist organizations" is obvious.

Some American commentators refer to the criminalization of financing and association with terrorist organizations as creating "guilt by association" that had defined the McCarthy era.[65] In Canada, under the new "Financing of Terrorism" provisions in the *Criminal Code*, it is an offence to knowingly provide or collect property, either directly or indirectly, intending or knowing that it is or will be used to carry out terrorist activities.[66] It is also an offence to knowingly collect, provide or make available property or financial services for the purpose of facilitating the activities of a terrorist group.[67] It is an offence to knowingly use or possess property for terrorist purposes.[68] Other sections of the *Code*, under the heading "Participating, Facilitating, Instructing and Harbouring" focus on these acts in relation to terrorist groups. For example, section 83.18 makes it an offence to knowingly participate in or contribute to, directly or indirectly, any activity of a terrorist group. This includes knowingly recruiting new individuals for the purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or commit terrorist activities.[69]

---

[63] In Canada membership and attendance of meetings of a terrorist organization are not criminal offences. Being a member of a terrorist organization, however, is a ground for inadmissibility under the *Immigration and Refugee Protection Act* R.S.C. 2001 c. 27, s. 78.

[64] See *Kurdistan Workers' Party v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWHC 644 (Admin).

[65] David Cole and James X. Dempsey, "Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security" (New York: The New Press, 2d. ed., 2002) at 144; see also Robert M. Chesney, "Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security & Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism", Book Review (2003) 101 Michigan L. Rev. at 1408.

[66] *Criminal Code*, supra at note 42 s. 83.02.

[67] *Supra*, s. 83.03.

[68] *Supra*, s. 83.04.

[69] *Supra*, ss. 83.18-83.23.

Even where an organization is not proscribed as a terrorist organization, the perception that an organization may be under scrutiny by the RCMP or CSIS may have a chilling effect on both the associational and expressive activities of individuals and organizations. The United States Senate in 1989 described the danger to democratic values of overbroad and unjustified surveillance, including the use of informers, as follows:[70]

> The American people have the right to disagree with the policies of their government, to support unpopular political causes, and to associate with others in the peaceful expression of those views, without fear of investigation by the FBI or any other government agency. As Justice Lewis Powell wrote in the Keith case, "The price of lawful public dissent must not be a dread of subjection to an unchecked surveillance power."
>
> Unjustified investigations of political expression and dissent can have a debilitating effect upon our political system. When people see that this can happen, they become wary of associating with groups that disagree with the government and more wary of what they say and write.

Particularly in an era of intelligence led policing, it may be difficult to discern the appropriate limits between gathering of information relevant to identification of terrorist activities and limiting legitimate political dissent.

7. Privacy

Almost all national security activities will affect privacy interests, as has been discussed above. This is inherent in the nature of national security investigations, where information about groups and individuals will be collected and analysed. For example, the RCMP will obtain and exchange personal information about individuals in the course of investigations. Individuals will be identified as potential sources of information, or as suspects. They may be placed under physical or electronic surveillance, and their contacts may be traced. They may be questioned. Undercover operatives may become involved, or informers identified and solicited to provide information about an individual. Information about the individual may be entered on computer databases and may be

---

[70] Senate Select Committee on Intelligence, The FBI, and CISPES, S. Rep. No. 101-46, at 102, cited in Philip B. Heymann, "Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11" (2001-2002) 25 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 441 at 444.

provided to other police and intelligence agencies, both domestically and internationally. Whenever an investigator takes one of these steps, the broadly defined privacy interest of the individual will be invaded. The measures will be of varying degrees of intrusiveness. For example, the interception of private communications pursuant to warrant is a significant intrusion, subject to external judicial scrutiny. The decision to undertake physical surveillance to identify a pattern of behaviour does not require a warrant or judicial approval.

The individual may never know the nature and content of the information collected, the accuracy of the information, or the identity of persons to whom the information has been disseminated. As one commentator has noted:[71]

> Privacy ... involves the ability to avoid the collection and circulation of such powerful information in one's life without having any say in the process, without knowing who has what information, what purposes or motives those entities have, or what will be done with that information in the future. Privacy involves the power to refuse to be treated with bureaucratic indifference when one complains about errors or when one wants certain data expunged. It is not merely the collection of data that is the problem – it is our complete lack of control over the ways it is used or may be used in the future.

If charges are laid and a prosecution is commenced, the individual will have the benefit of external scrutiny, including judicial scrutiny for *Charter* compliance. If not, the individual may never become aware of the extent to which the state has delved into his or her private life, and the information that may remain on computer databases.

IV. CONCLUSION

In this paper, we have identified the sources of the rights and freedoms we enjoy in our liberal democratic society. These include the *Charter*, human rights codes, international law, and freedom of information and protection of privacy acts. We have then identified the kinds of restrictions on rights and freedoms that might result from national security

---

[71] Daniel J. Solove, "Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy" (2000-2001) 53 Stanford L. Rev. 1393 at 1426.

activities, which is a necessary step in identifying the appropriate balance between rights and freedoms and national security measures needed to maintain the security of our country and of all Canadians. In this regard, the words of the McDonald Commission ring true: "Canada must meet both the requirements of security and the requirements of democracy: we must never forget that the fundamental purpose of the former is to secure the latter." [72] The purpose of this paper is to support the ongoing work of the Commission in its Policy Review mandate, so that any issues which arise which might influence the design of a review mechanism for the RCMP in its national security activities may be identified.

---

[72] McDonald Commission Report, *supra* at 43.

Commission d'enquête
sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar

Examen de la Politique

[TRADUCTION]

La sécurité nationale et les droits et libertés

Document de référence
rattaché au Document de consultation
de la Commission

10 décembre 2004

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION 2
II. Les sources de la protection des droits et libertés au Canada 3
1. La *Charte canadienne des droits et libertés* 4
2. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* 5
3. Le droit international 6
4. La vie privée 7
5. L'accès à l'information 9
III. Les défis qui se posent dans le contexte de la sécurité nationale 10
1. Les pouvoirs extraordinaires et les infractions de terrorisme 13
2. L'exercice des pouvoirs discrétionnaires 15
3. La coopération internationale 18
4. Le profilage racial, ethnique et religieux 21
5. Les enquêtes de l'État sur les convictions religieuses et politiques 23
6. L'expression et l'association 24
7. La vie privée 27
IV. CONCLUSION 29

I. INTRODUCTION

Les activités liées à la sécurité nationale ayant pour but d'assurer la sécurité de notre pays peuvent avoir des répercussions sur les droits et les libertés auxquels les Canadiens sont attachés et qui sont garantis par la Constitution. Les démocraties libérales comme le Canada ont la difficile tâche de préserver les droits et les libertés essentiels à la démocratie tout en protégeant le pays contre les ennemis de l'intérieur comme de l'extérieur et les personnes qui se trouvent au Canada contre les menaces terroristes[1]. La Cour suprême du Canada a dit ceci :

> D'un côté, il y a le fléau manifeste du terrorisme et le meurtre gratuit et arbitraire de personnes innocentes, situations qui nourrissent l'engrenage de la destruction et de la peur. [...] les gouvernements ont besoin des outils juridiques propres à leur permettre de relever efficacement ce défi.
>
> De l'autre côté, il y a la nécessité de veiller à ce que ces outils juridiques ne sapent pas les valeurs jugées fondamentales par notre société démocratique – liberté, primauté du droit et principes de justice fondamentale – et qui sont au cœur de l'ordre constitutionnel canadien et des instruments internationaux dont le Canada est signataire. En effet, ce serait une victoire à la Pyrrhus que de vaincre le terrorisme au prix de notre adhésion à ces valeurs[2].

Aux États-Unis, ce défi a poussé la commission chargée d'enquêter sur les événements du 11 septembre 2001 à recommander la création d'un organisme de surveillance de la protection des libertés civiles dans le cadre des activités liées à la sécurité nationale. La commission a fait le commentaire suivant à ce sujet :

> [TRADUCTION] Le choix entre sécurité et liberté est illusoire car rien n'est plus susceptible de compromettre les libertés américaines qu'une attaque terroriste réussie survenant aux États-Unis. Notre passé nous démontre que l'insécurité menace la liberté. Nous perdons cependant les

---

[1] Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi*, (1981) Deuxième rapport, vol. 1, p. 43 [Rapport de la Commission McDonald].

[2] *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 3 et 4 [Les citations de *Suresh* renvoient aux R.C.S.].

> valeurs que nous nous employons à défendre si nos libertés sont circonscrites[3].

Le présent document décrira d'abord les différentes sources de la protection des droits et libertés de la personne au Canada. Il traitera ensuite des défis que posent les activités liées à la sécurité nationale à ces droits. Les questions suivantes seront abordées :

1. les pouvoirs extraordinaires et les infractions de terrorisme;
2. l'exercice des pouvoirs discrétionnaires;
3. la coopération internationale;
4. le profilage racial, religieux et ethnique;
5. les enquêtes de l'État sur les convictions religieuses et politiques;
6. l'expression et l'association; et
7. la vie privée.

Le présent document, qui s'inscrit dans le cadre du mandat de la Commission en matière d'examen de la Politique, a pour but de faire ressortir les enjeux qui peuvent devoir être pris en compte dans la conception d'un mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale.

II. Les sources de la protection des droits et libertés au Canada

La protection des droits et libertés a de nombreuses sources. Comme nous le verrons plus loin, ces sources comprennent la Constitution canadienne – en particulier la *Charte canadienne des droits et libertés* –, les codes des droits de la personne, le droit international, et les lois sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels.

---

[3] *The 9/11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States*, New York, W. W. Norton & Company, p. 395.

1. La *Charte canadienne des droits et libertés*

La Constitution canadienne, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés*, est fondamentale au regard de la protection des droits et libertés[4]. Les activités liées à la sécurité nationale peuvent avoir des incidences sur les droits et libertés garantis par la Charte, notamment aux articles 2 (liberté de religion, d'expression et d'association), 7 (vie, liberté et sécurité de la personne), 8 (fouilles, perquisitions et saisies abusives), 9 (détention et emprisonnement arbitraires) et 15 (droits à l'égalité). Ces activités peuvent avoir des incidences sur le droit international aussi, par exemple le droit de ne pas être torturé. Des exemples particuliers seront examinés dans la partie III du présent document.

Il importe de mentionner que les droits et libertés protégés par la *Charte* ne sont pas absolus. Les atteintes qui leur sont portées et les restrictions dont ils font l'objet doivent cependant être justifiées par le gouvernement conformément à l'article premier de la Charte :

> La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Les tribunaux procéderont à une analyse de proportionnalité afin de déterminer si les restrictions que le gouvernement veut imposer aux droits peuvent se justifier dans le cadre d'une « société libre et démocratique » parce que visant un objectif suffisamment important pour justifier la suppression du droit. Les valeurs et principes essentiels à une société démocratique comprennent : « le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société »[5]. Les libertés fondamentales, les garanties juridiques et les droits à l'égalité

---

[4] *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11.
[5] *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136.

peuvent aussi faire l'objet d'une dérogation renouvelable tous les cinq ans en vertu de l'article 33 de la Charte.

2. La *Loi canadienne sur les droits de la personne*

Les codes des droits de la personne adoptés aux niveaux fédéral, provincial et territorial, qui protègent les particuliers contre la discrimination fondée sur certains motifs, sont une autre source de protection des droits et libertés de la personne. La GRC, par exemple, est assujettie à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, laquelle interdit la discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience[6]. Au cours du débat sur le projet de loi C-36, la *Loi antiterroriste*[7], le professeur Irwin Cotler, qui est maintenant ministre de la Justice, avait recommandé que celui-ci énonce expressément un principe de non-discrimination afin de prévenir explicitement [TRADUCTION] « la détention, l'emprisonnement ou l'internement de citoyens canadiens ou de résidents permanents » qui seraient fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques[8]. Cette suggestion n'a pas été retenue. Comme nous le verrons plus loin, on s'inquiète qu'à la suite des événements du 11 septembre 2001 les activités liées à la sécurité nationale, les enquêtes par exemple, puissent établir des distinctions fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la religion. En d'autres termes, on s'inquiète de la possibilité que des particuliers ou des groupes soient défavorisés ou visés à cause de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, ou de leur religion.

---

[6] *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3.

[7] Projet de loi C-36, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur les secrets officiels, la Loi sur la preuve au Canada, la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et d'autres lois, et édictant des mesures à l'égard de l'enregistrement des organismes de bienfaisance, en vue de combattre le terrorisme*, 1ère session, 37e législature, 2001 (sanctionné le 18 décembre 2001), L.C. 2001, ch. 41 [*Loi antiterroriste*].

[8] Professeur Irwin Cotler, « Terrorism, Security & Rights in the Post-September 11th Universe » (2002), 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 519 (QL).

3. Le droit international

Le droit international protège également les droits et libertés de la personne au Canada. Il peut s'appliquer de deux façons devant les tribunaux canadiens : par l'intermédiaire des traités, pactes et autres instruments internationaux signés par le Canada et par l'application du droit international coutumier. L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948. Depuis lors, le Canada a conclu un certain nombre de traités et de pactes internationaux par lesquels il s'engage à protéger les droits de la personne. En 1976, le Canada a adhéré au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et au Protocole facultatif[9]. Plusieurs dispositions du *Pacte* ont un lien avec les activités liées à la sécurité nationale : l'interdiction visant la torture et les peines cruelles et inusitées (article 7), la liberté, la sécurité et la protection contre les arrestations ou les détentions arbitraires (article 9), la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans la vie privée d'une personne ou les atteintes illégales à son honneur ou à sa réputation (paragraphe 17(1)), la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18) et l'interdiction visant la discrimination (article 26). Le Canada est également signataire de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*[10]. La protection des droits et libertés peut donc être fondée sur les instruments internationaux signés par le Canada.

Contrairement à la Constitution et à la législation interne, les traités et les pactes internationaux ne lient pas légalement les gouvernements du Canada si une loi de mise en œuvre n'est pas adoptée[11]. On présume cependant que les organismes législatifs entendent se conformer aux obligations internationales du Canada, ce qui signifie qu'une loi ambiguë sera interprétée en conformité avec les instruments internationaux signés par le Canada[12]. Par ailleurs, la Cour suprême du Canada n'a pas exclu la possibilité que le

---

[9] R.T.N.U. 1976, n° 14668, vol. 999, p. 171.
[10] R.T. Can. 1987, n° 36.
[11] Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd. (Toronto, Butterworths, 1994), p. 330.
[12] *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 31; *Capital Cities Communications Inc. c. Le Conseil de la radio-télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 173, le juge en chef Laskin.

droit constitutionnel national n'offre pas, dans tous les cas, la même protection que le droit international et a indiqué que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion du Canada impliquant un risque de torture pourrait être constitutionnelle en vertu de la Charte, même si le droit d'être protégé contre la torture est formulé en termes absolus et ne laissant place à aucune dérogation dans le PIRDCP et dans la CCT[13]. Les instruments internationaux servent également à mieux comprendre la portée des protections constitutionnelles accordées aux droits et libertés au Canada[14].

Le droit international coutumier peut aussi être une source de protection des droits et libertés. Il s'applique au Canada sans qu'une loi de mise en œuvre ne soit nécessaire, dans la mesure où il n'est pas contraire aux règles de droit canadiennes existantes[15]. Il permet en outre au Canada de présenter une réclamation en responsabilité contre un autre État relativement au traitement que celui-ci a réservé à des ressortissants canadiens. Ces droits s'ajoutent à ceux conférés au Canada et aux particuliers par des conventions comme la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* et les Protocoles facultatifs[16].

4. La vie privée

La vie privée est un aspect important de la liberté personnelle sur laquelle les activités liées à la sécurité nationale peuvent avoir des incidences. Comme la Commission McDonald l'indiquait dans son Rapport :

> Dans une société libérale, qui en principe désire réduire au minimum l'ingérence des organismes secrets de l'État dans la vie privée de ses citoyens et dans les affaires tant de ses groupements politiques que de ses institutions privées, les techniques d'enquête qui empiètent sur la vie privée ne doivent être utilisées que lorsque le justifient la gravité et l'imminence de la menace à la sécurité nationale. Ce principe prend une

---

[13] *Suresh*, *supra*, par. 78.
[14] Voir, par exemple, *Suresh*, *ibid.*, par. 60.
[15] *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160 (C.J.), p. 167 et 168; *Reference Re Powers of Ottawa (City) and Rockliffe Park (Foreign Legations Reference)*, [1943] R.C.S. 208, p. 213 et 214, le juge en chef Duff.
[16] Protocoles 596 R.T.N.U. 261, *entrés en vigueur* le 19 mars 1967.

> importance particulière lorsqu'on envisage de mener des enquêtes de sécurité sur des groupes, bien qu'il n'y ait pas de preuve qu'ils ont commis ou sont sur le point de commettre un acte criminel[17].

Le concept de la vie privée comporte de nombreux aspects, y compris des aspects territoriaux ou spatiaux, la vie privée comme telle, la confidentialité des décisions et la confidentialité des renseignements[18]. L'article 7 de la Charte garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Cette disposition générale englobe des éléments de la confidentialité des décisions, de la confidentialité des renseignements et de la vie privée, par exemple les droits relatifs à l'intégrité physique ou psychologique ou le droit à une sphère d'autonomie dans laquelle une personne peut faire ses propres choix fondamentaux. Les articles 8 et 9 de la Charte, qui garantissent respectivement le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, et le droit à la protection contre la détention arbitraire, protègent les aspects territoriaux et spatiaux de la vie privée. Finalement, des instruments internationaux comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* protègent expressément les personnes contre l'ingérence arbitraire dans leur vie privée.

La confidentialité des renseignements personnels est protégée par des mesures législatives fédérales et provinciales, notamment par des lois comme la *Loi sur la protection des renseignements personnels*[19]. Cette loi fédérale protège la confidentialité des renseignements personnels détenus par des institutions fédérales. Elle confère de plus aux particuliers un droit d'accès aux renseignements personnels les concernant qui relèvent d'une institution fédérale et le droit de demander la correction de ces renseignements s'ils sont erronés ou incomplets[20]. Elle prévoit cependant un certain nombre d'exceptions qui permettent à une institution fédérale de refuser à une personne la communication de renseignements personnels la concernant, y compris à des fins de

---

[17] Rapport de la Commission McDonald, *supra*, note 1, p. 539 et 540.
[18] *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 428, le juge La Forest (motifs concordants); voir aussi Daniel J. Solove, « Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy » (2000-2001), 53 *Stanford L. Rev.* 1393, p. 1413 et 1436.
[19] *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

correction. Les exceptions les plus pertinentes dans le contexte de la sécurité nationale sont notamment celles qui visent les renseignements personnels obtenus à titre confidentiel de gouvernements étrangers ou de leurs organismes; les affaires internationales ou la défense; l'application de la loi et les enquêtes qui s'y rapportent; et les enquêtes de sécurité[21].

Il y a aussi des « fichiers inconsultables », c'est-à-dire des fichiers de renseignements qui sont entièrement exemptés de l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il est particulièrement important de savoir, aux fins de l'examen des répercussions des activités liées à la sécurité nationale sur les droits et libertés, que les fichiers de renseignements personnels suivants ont été classés « fichiers inconsultables » par décret : a) les dossiers opérationnels de renseignements sur la criminalité relevant de la GRC[22], b) le fichier des dossiers d'enquête du Service canadien du renseignement de sécurité relevant du SCRS[23] et c) les dossiers des enquêtes relatives à la sécurité nationale relevant de la GRC[24].

5. L'accès à l'information

La *Loi sur l'accès à l'information*[25] fédérale et les lois provinciales équivalentes confèrent un droit d'accès aux renseignements relevant d'institutions fédérales. Ce droit d'accès est fondé en partie sur le principe selon lequel le public devrait avoir accès aux renseignements de l'administration fédérale, sous réserve d'exceptions précises et limitées. L'accès à l'information est un aspect des droits et libertés au Canada. La Cour suprême du Canada a reconnu que la législation en matière d'accès à l'information a pour objet général de favoriser la démocratie[26]. Ces textes législatifs aident à garantir que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique. Deuxièmement, ils permettent d'assurer que les politiciens et les

---

[20] *Ibid.*, art. 12.
[21] *Ibid.*, art. 19, 21, 22 et 23.
[22] *Décret n° 13 sur les fichiers de renseignements personnels inconsultables (GRC)*, DORS/90-149.
[23] *Décret n° 14 sur les fichiers de renseignements personnels inconsultables (SCRS)*, DORS/92-688.
[24] *Décret n° 25 sur les fichiers de renseignements personnels inconsultables (GRC)*, DORS/93-272.
[25] *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.
[26] *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403.

bureaucrates demeurent responsables envers l'ensemble de la population. Ils jouent donc un rôle important en matière de transparence.

Il y a des exceptions au droit d'accès à l'information. Dans le contexte de la sécurité nationale, les exceptions pertinentes visent les renseignements obtenus à titre confidentiel d'un gouvernement étranger, d'un organisme étranger ou d'une organisation internationale d'États; les affaires internationales et la défense; l'application de la loi et les enquêtes se rapportant à celle-ci; et les renseignements personnels[27].

III. Les défis qui se posent dans le contexte de la sécurité nationale

Les activités liées à la sécurité nationale sont toujours susceptibles d'empiéter sur les droits et libertés, notamment parce qu'elles peuvent .impliquer les pouvoirs les plus intrusifs de l'État. : l'écoute électronique, les perquisitions et les saisies, la collecte et l'échange de renseignements avec des organismes d'application de la loi, de sécurité et de renseignement canadiens et internationaux, voire même la détention de particuliers et le dépôt de poursuites contre eux.

Le risque que les activités en matière de sécurité menace les droits et libertés. est particulièrement préoccupant depuis les événements du 11 septembre 2001, car les citoyens et les gouvernements, y compris les organismes de sécurité et d'application de la loi, redoutent que surviennent des activités terroristes dans toutes les démocraties occidentales. Les méthodes employées par les organismes de sécurité et d'application de la loi ont changé à cause de l'impact du terrorisme : l'échange de renseignements et la coopération se sont accrus au regard des menaces terroristes; de nombreuses nations occidentales ont apporté des modifications majeures à leurs lois afin de créer des pouvoirs extraordinaires en matière d'enquête, de détention et d'interrogatoire dans le contexte du terrorisme; et des ressources additionnelles ont été allouées à la prévention du terrorisme. Il est possible que les activités de prévention et de surveillance ne soient pas contrôlées régulièrement par les tribunaux et que les personnes faisant l'objet d'une

---

[27] *Loi sur l'accès à l'information*, *supra*, art. 13, 15, 16 et 19.

enquête en matière de sécurité nationale ne sachent jamais qu'elles ont été surveillées. Même si elles l'apprennent, ces personnes peuvent, pour différentes raisons, choisir de ne pas porter plainte devant les tribunaux ou les organismes d'examen.

Certains pourraient prétendre que les enquêtes en matière de sécurité nationale qui visent des activités terroristes sont susceptibles, en particulier dans le contexte de l'après 11 septembre 2001, de menacer davantage les droits et libertés que les enquêtes criminelles traditionnelles[28]. On fait valoir, par exemple :

1. qu'il pourrait y avoir utilisation trop étendue des pouvoirs intrusifs;

2. qu'il y a échange plus fréquent de renseignements, par exemple avec des gouvernements étrangers, ce qui peut entraîner des conséquences d'une plus grande portée;

3. que les méthodes de collecte de renseignements font moins souvent l'objet d'un examen minutieux externe (par les tribunaux, les médias, la société civile), notamment parce qu'il y a moins de poursuites et parce que dans certains cas on peut avoir recours aux procédures en matière d'immigration;

4. que les techniques d'enquête sont plus subreptices, se rapprochant ainsi de la collecte en matière de renseignement de sécurité;

5. que les enquêtes en matière de sécurité nationale peuvent viser des formes légitimes de dissidence et de réunion, ainsi que d'autres activités non criminelles, et menacer ainsi les libertés d'expression et d'association;

---

[28] Pour un aperçu des préoccupations et des opinions concernant ces questions, voir, par exemple, les essais rassemblés dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001), et *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre? Documents présentés lors d'un colloque organisé par l'Institut canadien d'administration de la justice, tenu à Montréal (Québec), les 25 et 26 mars 2002*, édités par David Daubney et autres (Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2002); en ce qui concerne les États-Unis, voir David Cole et James X. Dempsey, *Terrorism and the*

6. que des individus peuvent faire l'objet d'enquêtes en matière de sécurité nationale, non pas parce qu'ils sont soupçonnés de se livrer à des activités criminelles, mais à cause de leur race, de leur religion ou de leur origine ethnique;

7. que les autorités peuvent fonder leurs actions sur des renseignements fournis par d'autres pays, qui ont peut-être été obtenus par la torture ou d'autres actes prohibés, ou qu'elles peuvent fournir des renseignements à des pays qui commettent de tels actes;

8. que les autorités peuvent fonder leurs actions sur des renseignements fournis par d'autres pays qui ne sont peut-être pas fiables ou dont la fiabilité peut être difficile à déterminer; et

9. que les autorités peuvent, dans le but d'aider d'autres pays, surveiller ou interroger des citoyens et des résidents canadiens ou les soumettre à d'autres actes de même nature.

Toutes ces questions peuvent avoir différentes incidences sur l'exercice des droits et libertés. Le présent document décrit, à titre d'exemple, les problèmes qui peuvent résulter de la création de nouvelles infractions et de pouvoirs extraordinaires concernant les activités terroristes; l'exercice des pouvoirs discrétionnaires; les conséquences éventuelles de la coopération internationale et de l'échange de renseignements entre pays; les méthodes utilisées pour désigner les particuliers et les groupes qui feront l'objet d'enquêtes, notamment le profilage racial, ethnique et religieux; la possibilité que les États fassent enquête sur les convictions religieuses et politiques; les répercussions négatives sur la liberté d'expression et la liberté d'association; et les incidences sur la vie privée.

L'analyse qui suit a pour but de mettre en lumière les types de restrictions aux droits et libertés individuels qui peuvent découler des activités liées à la sécurité nationale. Le

---

Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security (New York, The New Press, 2 ed., 2002).

présent document n'a pas pour objet de décrire les activités qui ont été entreprises ou qui se déroulent actuellement, ni de les commenter, mais d'examiner ce qui pourrait survenir en théorie.

1. Les pouvoirs extraordinaires et les infractions de terrorisme

À la suite des événements du 11 septembre 2001, le gouvernement canadien a adopté la *Loi antiterroriste* et d'autres lois créant de nouvelles infractions de terrorisme et conférant de nouveaux pouvoirs extraordinaires pouvant être exercés relativement à ces infractions. Ces infractions et pouvoirs sont examinés plus en détail dans le document de référence sur le Cadre législatif pour les activités de la GRC en matière de sécurité nationale. Les pouvoirs extraordinaires ont trait, par exemple, aux .investigations judiciaires, à la détention préventive, aux fouilles, aux perquisitions et à la surveillance. Il y a lieu de mentionner que les pouvoirs en matière de détention préventive n'ont jamais été invoqués et que le pouvoir relatif aux investigations judiciaires n'a été utilisé qu'une fois, de façon rétrospective, dans l'affaire d'Air India.

L'article 83.28 du *Code criminel* prévoit la tenue d'une investigation au cours de laquelle un juge peut enjoindre à une personne ayant des renseignements concernant un acte terroriste qui a été commis ou qui le sera de répondre aux questions des enquêteurs qui lui sont posées par un procureur de la Couronne. L'article 83.3 du Code permet la délivrance de mandats d'arrestation préventive lorsque cela est nécessaire pour prévenir une activité terroriste. Des pouvoirs extraordinaires de fouille, de perquisition et de surveillance peuvent aussi être exercés à l'égard d'activités terroristes. Ces pouvoirs extraordinaires s'ajoutent aux pouvoirs dont disposent habituellement les policiers et qui leur permettent également de prévenir les activités terroristes et d'enquêter sur celles-ci.

Des commentateurs ont soulevé des questions au sujet des répercussions sur les droits et libertés de la création de pouvoirs extraordinaires d'enquête concernant les activités terroristes. Ils ont aussi posé la question de savoir si les mesures de protection existantes

étaient suffisantes[29]. Au cours du débat public qui a précédé l'adoption du projet de loi C-36, la *Loi antiterroriste*, des représentants gouvernementaux ont affirmé que leurs experts juridiques estimaient que celui-ci était conforme à la Charte. De l'avis d'un commentateur, [TRADUCTION] « la conformité avec la Charte est un minimum » et le fait de « prévoir qu'un projet de loi résistera à un examen minutieux fondé sur la Charte ne permet pas de savoir comment les policiers l'utiliseront ou s'il atteindra les objectifs qu'il vise, et n'indique pas grand chose quant à sa conformité avec les principes plus larges du constitutionnalisme »[30]. On peut aussi se préoccuper du fait que les juges pourraient avoir de la difficulté à résister à la [TRADUCTION] « tentation de faire preuve de juste un peu plus de déférence envers le gouvernement et de pencher vers l'État au détriment des droits à la suite des événements du 11 septembre 2001»[31].

Par contre, d'autres commentateurs ont laissé entendre que les nouveaux pouvoirs extraordinaires respectent suffisamment les droits et libertés et que les réformes juridiques visant le terrorisme [TRADUCTION] « sont fermes et tiennent compte des droits garantis par la Charte »[32]. Un commentateur laisse entendre, par exemple, que la définition de terrorisme vise des opinions, des croyances et des convictions [TRADUCTION] « seulement dans la mesure où celles-ci ont trait à des activités criminelles manifestes »[33]. Les répercussions sur les droits et libertés des nouveaux pouvoirs extraordinaires en matière d'enquête font de toute évidence l'objet d'un débat.

---

[29] Voir, par exemple, Kent Roach, « Did September 11 Change Everything? Struggling to Preserve Canadian Values in the Face of Terrorism » (2002), 47 *McGill L.J.* 893; Martin L. Friedland, « Police Powers in Bill C-36 », dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001), p. 269.

[30] W. Wesley Pue, « The War on Terror: Constitutional Governance in a State of Permanent Warfare? » (2003), 41 *Osgoode Hall L.J.* 267, p. 287.

[31] Roach, *supra*, note 29, p. 926.

[32] David Jenkins, « In Support of Canada's Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law » (2003), 66 *Sask. L. Rev.* 419-454, p. 454; voir aussi Richard G. Mosley, « Preventing Terrorism Bill C-36: The *Anti-terrorism Act 2001* », dans *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre? Documents présentés lors d'un colloque organisé par l'Institut canadien d'administration de la justice, tenu à Montréal (Québec), les 25 et 26 mars 2002*, édités par David Daubney et autres (Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2002), p. 145.

[33] *Jenkins*, *ibid.*, par. 17.

Certains des nouveaux pouvoirs extraordinaires ont déjà été examinés par les tribunaux. Ainsi, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur les investigations judiciaires et a conclu que la disposition qui les autorise est constitutionnelle[34]. La majorité de la Cour a conclu que le rôle du juge qui préside une investigation ne consiste pas seulement à s'assurer que le témoin répond aux questions, mais aussi que la procédure respecte les protections constitutionnelles, notamment la protection des droits et libertés de la personne[35]. Les tribunaux n'ont pas encore examiné les incidences sur les droits et libertés des autres pouvoirs d'enquête extraordinaires pouvant être exercés dans le contexte de la sécurité nationale.

2. L'exercice des pouvoirs discrétionnaires

Une grande partie des décisions qui sont prises dans le contexte de la sécurité nationale sont le résultat de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire – notamment du « jugement de la police ». Il en est ainsi, par exemple, des décisions suivantes : inscrire des renseignements dans les banques de données sur la sécurité nationale; poser des questions à des particuliers; décider qui sera visé par une enquête; recruter une source humaine et s'en servir; et agir sur la foi de renseignements fournis par un gouvernement étranger. Dans tous ces cas, une personne en autorité a le pouvoir discrétionnaire de prendre une décision qui aura chaque fois des incidences sur les intérêts de particuliers et leur droit à la vie privée, et pourrait en avoir sur d'autres droits, par exemple le droit à la protection contre tout traitement discriminatoire[36]. Si aucune accusation n'est portée, ces décisions discrétionnaires feront rarement l'objet d'un examen externe.

Il en va tout autrement de plusieurs des nouveaux pouvoirs extraordinaires en matière d'enquête dont il a été question ci-dessus, qui sont soumis à un examen ou à une supervision externes par des dispositions particulières. Reconnaissant la constitutionnalité de l'investigation judiciaire, la Cour suprême a souligné le rôle important en matière

---

[34] *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42.
[35] *Ibid.*, par. 53.
[36] Pour un point de vue critique sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires en vertu de la *Loi antiterroriste*, voir W. Wesley Pue, *supra*, note 31, p. 281 à 285.

d'examen joué par le juge qui la préside. Dans une affaire connexe, la majorité de la Cour a aussi statué qu'il existe une présomption réfutable selon laquelle les investigations judiciaires sont publiques[37]. La Cour a indiqué que la publicité des procédures judiciaires soutient la confiance du public dans le système judiciaire, tout comme son indépendance et son impartialité[38]. Une présomption en faveur d'un examen public favorise également la protection d'autres droits et libertés pendant l'audience. En outre, des rapports annuels sur les investigations judiciaires doivent être produits et la disposition a été assujettie à une clause d'extinction renouvelable[39].

Il y a cependant peu d'enquêtes en matière de sécurité nationale qui font l'objet de l'examen minutieux applicable aux investigations judiciaires. De nombreux aspects des activités de la GRC en matière de sécurité nationale ne sont pas directement assujettis à la législation ou à la réglementation, mais dépendent plutôt de décisions discrétionnaires sur les activités ou les particuliers qui doivent faire l'objet d'une enquête et la façon d'effectuer celle-ci[40]. Lorsque des politiques ou des directives ministérielles s'appliquent, elles sont parfois rédigées en termes généraux ou elles renferment des expressions non définies, ce qui exige nécessairement l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour leur mise en oeuvre. Par exemple, les objectifs d'une police axée sur le renseignement dans le contexte de la sécurité nationale peuvent amener les services de police et les organismes de renseignement du Canada et d'autres pays à recueillir divers types de renseignements, non pas nécessairement dans le but d'intenter des poursuites relatives à un crime, mais en vue d'en prévenir la perpétration. En outre, lorsqu'un crime est commis, on peut décider, dans le contexte de la sécurité nationale, de ne pas porter d'accusations afin de protéger les relations internationales du Canada, la sécurité des sources ou les protocoles sur l'échange de renseignements conclus avec d'autres pays. Si aucune accusation n'est déposée, le choix des cibles d'enquête, les méthodes de collecte et d'échange de

---

[37] *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43.
[38] *Ibid.*, par. 25.
[39] *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.31 et 83.32.
[40] On peut dire que ce pouvoir discrétionnaire est protégé contre toute ingérence politique, à tout le moins dans son application spécifique, par le principe de l' « indépendance de la police ». Voir, à ce sujet, le Document de référence sur l'indépendance de la police.

renseignements, et les techniques d'enquête ne feront généralement pas l'objet d.'examen par les tribunaux, de l'attention de la part des médias ou de débat public.

Cette situation pose des défis particuliers en ce qui concerne la protection des droits et libertés fondamentaux. Il est évident que les décisions discrétionnaires prises par ceux qui sont chargés d'appliquer les lois doivent être conformes à la Charte[41]. Or, en l'absence de mesures législatives précises qui orientent la protection des droits et libertés au cours d'enquêtes liées à la sécurité nationale, ou qui en prévoient l'examen, il est difficile d'assurer le respect des valeurs énoncées dans la Charte.

De plus, les nouveaux pouvoirs extraordinaires prévus par la législation antiterroriste canadienne ont confié de nouveaux pouvoirs aux fonctionnaires exécutifs. À titre d'exemple, le procureur général du Canada possède un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de protéger les « renseignements potentiellement préjudiciables » et les « renseignements sensibles » visés à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*[42]. Les personnes qui prévoient que de tels renseignements seront divulgués au cours d'une instance doivent en aviser le procureur général, lequel peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant les renseignements. Si la Cour fédérale ou, en appel, la Cour d'appel fédérale ou la Cour suprême du Canada ordonne la divulgation, le procureur général a le pouvoir discrétionnaire de délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation dans le but de protéger des renseignements obtenus d'une entité étrangère ou concernant une telle entité[43]. Le certificat du procureur général a un caractère exécutoire, même dans le cadre d'une instance criminelle[44]. Il peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire[45], mais il est difficile de s'assurer que les motifs pour lesquels le procureur général exerce son pouvoir discrétionnaire sont conformes aux valeurs constitutionnelles. Cet exemple peut illustrer les difficultés qui se posent lorsqu'on tente

---

[41] *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69.
[42] *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5; 2001, ch. 41.
[43] *Ibid.*, art. 38.13.
[44] *Ibid.*, art. 38.14.
[45] *Ibid.*, art. 38.131.

de déterminer si l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un ministre dans le contexte de la sécurité nationale respecte les droits et libertés fondamentaux[46].

Par ailleurs, dans le contexte de la sécurité nationale l'État dispose d'un pouvoir discrétionnaire à l'égard des non-citoyens du Canada : il peut soit porter des accusations en vertu du droit criminel soit se servir des procédures en matière d'immigration. Le droit de l'immigration, y compris le processus de délivrance des certificats de sécurité, prévoit des motifs de culpabilité plus larges que le droit criminel. Il permet aussi que certaines procédures soient tenues à huis clos et en l'absence de l'intéressé[47]. La Cour suprême du Canada a reconnu que les non-citoyens sont susceptibles de discrimination[48], et la catégorie des non-citoyens peut se confondre partiellement avec les groupes qui peuvent faire l'objet de profilage racial, ethnique ou religieux, un sujet qui sera abordé plus loin. De plus, le contexte de l'immigration ou la communication de renseignements à des gouvernements étrangers soulève la question des répercussions que peut avoir une enquête de sécurité effectuée par des fonctionnaires canadiens sur la façon dont la personne qui en fait l'objet sera traitée par les autres pays.

Les vastes pouvoirs discrétionnaires exercés par les enquêteurs sur le plan opérationnel et par les ministres et leurs délégués peuvent faire en sorte que la grande majorité des activités liées à la sécurité nationale resteront bien loin de toute forme d'examen externe. L'impact de ces activités sur les droits et libertés devient ainsi difficile à évaluer ou à contester.

3. La coopération internationale

La coopération internationale dans le cadre d'enquêtes liées à la sécurité nationale peut avoir des répercussions importantes sur les droits et libertés. Au fur et à mesure que les

---

[46] Lorne Sossin, « The Intersection of Administrative Law with the Anti-Terrorism Bill », dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001), p. 419 à 434.

[47] Audrey Macklin, « Borderline Security », dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001).

pays coordonnent leurs activités en matière d'application de la loi et de renseignement de sécurité, les effets de pratiques comme l'échange de renseignements peuvent augmenter de façon exponentielle, à la fois de manière favorable et, potentiellement, défavorable. L'échange avec d'autres pays de renseignements obtenus au cours d'enquêtes menées au Canada peut avoir un « effet d'entraînement » à l'extérieur du Canada et, du même coup, des conséquences qui ne peuvent être contrôlées à partir du Canada. Le pouvoir des tribunaux et des gouvernements canadiens d'exiger le respect des droits et libertés constitutionnels s'exerce à l'intérieur des frontières du Canada. Il devient beaucoup plus difficile, sur le plan juridique, d'assurer que des personnes ou des renseignements qui ne se trouvent plus au Canada sont traités en conformité avec les valeurs et les droits constitutionnels canadiens.

La Cour suprême du Canada a reconnu l'existence de ce problème dans le contexte d'une procédure d'extradition et d'expulsion tenue au Canada, en particulier lorsque la personne concernée est susceptible d'être torturée ou d'être condamnée à mort dans le pays de destination. Elle a statué que l'extradition d'une personne vers un pays où elle risque la peine de mort est contraire à l'article 7 de la Charte[49] et qu'une expulsion impliquant un risque de torture est inacceptable[50]. Dans les deux cas, la Cour a fait remarquer qu'il peut y avoir des exceptions extraordinaires. Elle a cependant souligné que les décideurs canadiens doivent tenir compte des répercussions que leurs actes pourraient avoir sur les droits et libertés à l'extérieur du Canada. Lorsqu'il existe un lien suffisant entre les actions du gouvernement canadien et une privation de liberté qui survient par la suite à l'extérieur du Canada en violation des principes de justice fondamentale, il peut y avoir une atteinte injustifiée aux droits garantis par l'article 7 de la Charte. Le gouvernement canadien peut ainsi devoir assumer la responsabilité des atteintes à la liberté qui surviennent à l'extérieur de ses frontières à cause de ses actions.

Outre le risque direct de torture ou de mort, la Cour suprême a récemment reconnu la possibilité que le témoignage qu'une personne est contrainte de donner dans le cadre

---

[48] *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.
[49] *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7.
[50] *Suresh*, *supra*, note 2.

d'une investigation judiciaire soit utilisé contre elle dans une procédure d'extradition ou d'expulsion et soit ensuite communiqué à d'autres gouvernements à des fins de poursuites. La Cour a indiqué qu'une telle situation violerait le droit de ne pas s'incriminer et que les juges présidant les investigations fixeront les conditions qui permettront de prévenir une telle utilisation du témoignage[51]. Ceci soulève la question des incidences que pourraient avoir la collecte et l'échange de renseignements avant toute décision finale sur l'extradition ou l'expulsion. Il est clair cependant que l'établissement de paramètres pour les investigations judiciaires ne touche que la partie émergée de l'iceberg des répercussions potentielles sur les droits individuels de la coopération internationale en matière de sécurité nationale.

Un commentateur américain a fait remarquer, par exemple, que [TRADUCTION] « les questions les plus graves en matière de droits de la personne ne se poseront pas ici, mais à l'étranger », si les pays essayent de « récolter les bénéfices » d'activités interdites par les conventions internationales sur les droits de la personne en tentant d'obtenir des renseignements au sujet des projets de terroristes dans des pays qui n'appliquent pas les mêmes normes en matière, par exemple, d'interrogatoires, de détention ou de surveillance[52].

L'envers de l'échange de renseignements peut aussi avoir des implications au regard des droits et libertés. Les enquêteurs canadiens peuvent s'appuyer sur des renseignements fournis par d'autres pays. L'obtention de ces renseignements peut avoir des conséquences importantes sur des individus au Canada ou sur des personnes de leur connaissance : surveillance, collecte de renseignements personnels additionnels, interrogatoires, etc. Il se peut cependant que les renseignements obtenus d'autres pays n'aient pas été recueillis d'une manière qui respecte les droits et libertés garantis ici. Les renseignements peuvent, par exemple, avoir été obtenus au moyen de la torture ou d'autres techniques d'enquête inacceptables, ou en l'absence de mécanismes visant à en assurer la fiabilité. Sans de

---

[51] *Demande fondée sur l'art. 83.28*, *supra*, note 34.

[52] Philip B. Heymann, « Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11 » (2001-2002), 25 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 441, p. 453 et 454.

telles garanties de fiabilité et de respect des droits et libertés, l'enregistrement de ces renseignements dans les banques de données canadiennes pourrait avoir des conséquences malheureuses qui se multiplient.

Cette préoccupation au sujet du manque potentiel de fiabilité des renseignements est exacerbée par le fait que la personne que ces renseignements concernent n'aura aucun moyen de savoir si ceux-ci sont exacts tant qu'ils ne lui auront pas été divulgués. Les enquêteurs pourraient, en s'appuyant sur des renseignements inexacts et peu fiables, utiliser tout un éventail de techniques intrusives, allant d'entrevues avec des amis, des employeurs et des membres de la famille à la surveillance électronique ou peut-être à la détention à des fins d'enquête. Nous avons déjà parlé des renseignements personnels contenus dans les banques de données de la GRC et du SCRS, auxquels la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas, et des exceptions prévues par cette loi qui permettent aux institutions fédérales de refuser la communication de renseignements personnels ou le droit de corriger ces renseignements pour des motifs liés, par exemple, à l'application de la loi.

4. Le profilage racial, ethnique et religieux

Un certain nombre d'intervenants ont soulevé des questions au regard du profilage racial, ethnique et religieux qui cible les communautés arabe et musulmane à la suite des événements du 11 septembre 2001[53]. Le profilage peut être défini de manière générale comme l'utilisation de la race, de la religion ou de l'origine ethnique comme seule raison ou comme un facteur justifiant la décision de détenir ou d'arrêter une personne ou de continuer d'enquêter à son sujet[54]. Il peut avoir pour effet de stigmatiser et de mettre en danger certains groupes au sein de la société canadienne. Des intervenants et des

---

[53] *Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar*, voir, par exemple, les demandes d'intervention : du Conseil des Canadiens et de l'Institut Polaris, p. 6; du Congrès du travail du Canada, p. 3 et 4; du Muslim Community Council of Ottawa-Gatineau, p. 9; du Canadian Council on American-Islamic Relations, p. 7; de la Fédération canado-arabe, p. 3; du Muslim Canadian Congress, p. 4.

[54] Sujit Choudhry et Kent Roach, « Statutory Discretion, Constitutional Remedies, and Democratic Accountability » (2003), 41 *Osgoode Hall L.J.* 1, par. 2 (QL).

universitaires ont dit être préoccupés par le fait qu'un tel profilage porte atteinte à la liberté, à la vie privée et à l'égalité de Canadiens innocents. Le profilage pourrait ainsi être jugé discriminatoire en vertu de l'article 15 de la Charte. Il pourrait aussi menacer le droit de la personne visée à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne autrement qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, conformément à l'article 7 de la Charte.

Le fait qu'aucune loi n'autorise expressément un choix par la police d'entreprendre le profilage racial, ethnique et religieux est également préoccupant. Dans l'état actuel des choses, le profilage, s'il en est, relève de décisions opérationnelles discrétionnaires qui ne font pas l'objet d'un débat public ou d'un examen législatif[55]. C'est donc dire que le profilage racial, ethnique et religieux ne découle pas d'une orientation législative, mais de pouvoirs discrétionnaires de nature administrative et de pratiques en matière d'enquête. On s'inquiète de la possibilité que ce pouvoir discrétionnaire puisse être exercé par des personnes qui ne connaissent pas bien le milieu culturel et religieux dans lequel elles enquêtent.

En outre, les infractions de terrorisme exigent de la police qu'elle enquête sur les motivations religieuses, politiques et idéologiques des suspects, comme nous le verrons plus loin. Le fait qu'aujourd'hui la plupart des organisations et des réseaux terroristes actifs s'associent eux-mêmes à une croyance religieuse particulière complique les choses. Il faut se demander comment mener une enquête sur un élément requis de l'infraction (l'existence d'un but de nature politique, religieuse ou idéologique) sans se livrer à un profilage discriminatoire. Cette question est étroitement liée à de nombreuses autres, par exemple la formation et les connaissances linguistiques.

Certains sont également préoccupés, à tout le moins dans le contexte actuel, par la possibilité que les membres des communautés arabes et musulmanes, dont les nouveaux immigrants et les non-citoyens, hésitent à porter plainte au sujet de la conduite des

---

[55] *Ibid.*, par. 58; Lesley A. Jacobs, « Securer Freedom for Whom: Risk Profiling and the New Anti-terrorism Act », Book Review (2003), 36 *U.B.C.L. Rev.*, p. 375 à 384.

autorités policières ou se sentent obligés de répondre aux questions. Le profilage racial dans d'autres contextes criminels suscite toutefois les mêmes préoccupations. Par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu l'existence du profilage racial par la police à l'égard des Canadiens de race noire[56]. Il faut alors notamment se demander si les activités de la GRC en matière de sécurité nationale ont des répercussions différentes sur les droits et libertés par rapport à ses activités policières plus traditionnelles, et quelles seraient les mesures qu'il conviendrait de prendre dans les cas où il y a eu un profilage discriminatoire.

5. Les enquêtes de l'État sur les convictions religieuses et politiques

Les activités liées à la sécurité nationale peuvent aussi constituer une menace aux droits et libertés parce qu'elles peuvent amener l'État à enquêter sur les convictions religieuses et politiques. Les infractions de terrorisme prévues par le *Code criminel* sont différentes des autres parce qu'elles sont fondées sur la motivation. Le *Code* exige en effet que l'acte interdit soit commis « au nom – exclusivement ou non – d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique »[57], ce qui est différent du principe traditionnel du droit pénal selon lequel la motivation n'est pas un élément essentiel d'un crime, mais un facteur à prendre en considération au moment de la détermination de la peine. Selon un commentateur, [TRADUCTION] « l'interdiction de certaines motivations politiques ou religieuses dans notre droit pénal pourrait avoir des conséquences considérables »[58]. La violence étant exclue de la protection de la Charte, le fait que la motivation constitue maintenant un élément essentiel d'un crime pourrait justifier la tenue d'enquêtes liées à la sécurité nationale qui porteraient sur les convictions religieuses ou politiques d'un particulier ou qui seraient fondées sur des soupçons relatifs aux convictions personnelles d'un particulier.

---

[56] *R. v. Brown* (2003), 173 C.C.C. (3d) 23, 64 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 9 et 42 à 46; voir aussi le *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (Toronto, Queen's Printer for Ontario, 1995) (coprésidents : M. Gittens et D. Cole), p. 358.

[57] *Code criminel*, *supra*, note 42, par. 83.01(1) – définition d'« activité terroriste », div. *b*)(i)(A).

[58] Kent Roach, « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001) 151, p. 156.

Une commentatrice américaine a écrit qu'à la suite des événements du 11 septembre 2001[59] :

> [TRADUCTION] [L]es agents du FBI sont maintenant autorisés à entrer dans les mosquées et dans les églises sans avoir à s'identifier, et à recueillir des renseignements sur les Américains qui y prient. Au moindre signe de l'existence d'un lien avec une église étrangère ou un gouvernement étranger, le FBI est tenu de communiquer ce renseignement à la CIA, laquelle est libre de l'inclure dans ses banques de données secrètes.

Les mêmes préoccupations peuvent exister au Canada. En fait, la définition d'« activité terroriste » contenue dans le *Code criminel* pourrait inciter les enquêteurs à chercher à en savoir plus sur les convictions religieuses ou politiques d'un particulier. Cette possibilité suscite des questions au regard de la vie privée et de la liberté de religion et d'expression, ainsi qu'en ce qui concerne le profilage. Il est possible qu'au cours d'une enquête un agent puisse envisager d'interroger tous les membres d'une mosquée par exemple, ou de se livrer à une surveillance intrusive des activités d'un chef religieux.

6. L'expression et l'association

Les libertés de pensée, de croyance, d'opinion, d'expression et d'association sont essentielles à la démocratie et elles sont garanties par l'article 2 de la Charte. Il est reconnu depuis longtemps cependant que l'un des problèmes les plus préoccupants concernant les enquêtes liées à la sécurité nationale est l'effet dissuasif qu'elles peuvent avoir au regard de la dissidence légitime. En fait, l'une des principales préoccupations de la Commission McDonald était le ciblage inacceptable de la dissidence légitime[60]. Les activités de ceux qui exercent ces libertés pour contester nos structures sociales, économiques et politiques ne devraient pas être « consignées dans des dossiers secrets

---

[59] Kate Martin, « Domestic Intelligence and Civil Liberties » (2004), 24 *SAIS Review* 7, p. 15.
[60] Rapport de la Commission McDonald, *supra*, note 1, p. 467 à 538.

ensuite utilisés contre eux par l'État »[61]. Le climat de « tolérance zéro » actuel est un facteur qui peut avoir une incidence néfaste sur les droits et libertés.

La portée des nouvelles infractions de terrorisme – celles relatives au financement et à la facilitation par exemple – augmente également la possibilité que l'État s'intéresse de près à toute une variété d'activités d'association ou d'expression et qu'il s'immisce dans la vie privée[62].

Bien que l'appel au renversement de l'État ne soit pas protégé par la liberté d'expression, la décision relative à la question de savoir si une organisation est une organisation terroriste n'est pas toujours claire et elle a des répercussions importantes sur les droits et libertés. Au Royaume-Uni, par exemple, le *Kurdistan Workers Party* et la *People's Mojahedin Organisation of Iran* ont été interdits par le gouvernement en tant qu'organisations terroristes, ce qui signifie que le fait d'appartenir à ces organisations, d'organiser des réunions de celles-ci, de promouvoir leurs activités ou d'y contribuer financièrement constituait une infraction passible d'une peine d'emprisonnement[63]. Chacune de ces organisations a contesté la décision du gouvernement de la considérer comme une organisation terroriste, faisant valoir, dans un cas, qu'elle était engagée dans un conflit armé légitime et exerçait le droit des peuples à l'autodétermination qui est reconnu par la communauté internationale et, dans l'autre, qu'elle était un mouvement de résistance ayant pour but d'établir un gouvernement démocratique dans un État répressif[64]. Il est évident que le pouvoir de proscrire des « organisations terroristes » peut donner lieu à des abus du pouvoir politique.

---

[61] *Supra*, p. 46, 47 et 428.

[62] Voir, par exemple, David Schneiderman et Brenda Cossman, « Political Association and the Anti-Terrorism Bill », dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001), p. 173 à 194.

[63] L'appartenance à une organisation terroriste et la présence à une réunion d'une telle organisation ne constituent pas des infractions criminelles au Canada. Le fait d'être membre d'une organisation terroriste emporte cependant interdiction de territoire sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34.

[64] Voir *Kurdistan Workers' Party v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWHC 644 (Admin).

Certains commentateurs américains considèrent que la criminalisation du financement d'organisations terroristes et de l'association à celles-ci rétablit la « culpabilité par association » de l'époque McCarthy[65]. Au Canada, les nouvelles dispositions du *Code criminel* sur le financement du terrorisme prévoient que le fait de fournir ou de réunir, directement ou indirectement, des biens dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés en vue d'activités terroristes constitue une infraction[66]. Il en est de même du fait de réunir, de fournir ou de rendre disponibles des biens ou des services financiers en sachant qu'ils seront utilisés pour faciliter les activités d'un groupe terroriste[67] et du fait d'utiliser sciemment des biens à des fins terroristes ou d'avoir sciemment en sa possession des biens à ces fins[68]. D'autres dispositions du *Code*, placées sous le titre « Participer, faciliter, donner des instructions et héberger », visent de tels actes commis au profit de groupes terroristes. Par exemple, aux termes de l'article 83.18, commet une infraction quiconque, sciemment, participe à une activité d'un groupe terroriste, ou y contribue, directement ou non, y compris en recrutant sciemment des personnes dans le but d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à des activités terroristes ou de les faciliter[69].

Même lorsqu'une organisation n'est pas interdite en tant qu'organisation terroriste, l'impression qu'elle est surveillée par la GRC ou le SCRS peut avoir un effet dissuasif sur les activités d'association et d'expression des particuliers et des organisations. En 1989, le Sénat américain a décrit comme suit la menace que représente une surveillance

---

[65] David Cole et James X. Dempsey, « Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security » (New York, The New Press, 2e éd., 2002), p. 144; voir aussi Robert M. Chesney, « Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security & Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism », Book Review (2003), 101 *Michigan L. Rev.*, p. 1408.

[66] *Code criminel*, *supra*, note 42, art. 83.02.

[67] *Supra*, art. 83.03.

[68] *Supra*, art. 83.04.

[69] *Supra*, art. 83.18 à 83.23.

excessive et injustifiée, notamment l'utilisation d'informateurs, pour les valeurs démocratiques[70] :

> [TRADUCTION] Les Américains ont le droit d'être en désaccord avec les politiques de leur gouvernement, d'appuyer des causes politiques impopulaires et de s'associer avec d'autres pour exprimer paisiblement ces opinions, sans craindre de faire l'objet d'une enquête du FBI ou d'un autre organisme gouvernemental. Comme le juge Lewis Powell l'a écrit dans l'arrêt *Keith* : « Le prix de la dissidence publique légitime ne doit pas être la crainte d'être l'objet d'un pouvoir de surveillance incontrôlé ».
>
> Les enquêtes injustifiées sur l'expression et la dissidence politiques peuvent affaiblir notre système politique. Lorsque des particuliers constatent que cela peut arriver, ils hésitent à s'associer à des groupes qui ne sont pas d'accord avec le gouvernement et ils surveillent de plus près ce qu'ils disent et écrivent.

Il peut être difficile, en particulier à l'époque de l'activité policière axée sur le renseignement, de faire clairement la différence entre la collecte de renseignements utiles pour découvrir des activités terroristes et l'imposition de limites à la dissidence politique légitime.

7. La vie privée

Comme nous l'avons énoncé ci-dessus presque toutes les activités liées à la sécurité nationale auront des incidences sur la vie privée. Cela tient à la nature même des enquêtes en matière de sécurité nationale, lesquelles exigent que des renseignements concernant des groupes et des particuliers soit recueillis et analysés. Par exemple, la GRC obtiendra et échangera des renseignements personnels au cours de ses enquêtes. Des personnes seront désignées comme sources potentielles de renseignements ou comme suspects. Elles pourraient faire l'objet d'une surveillance physique ou électronique, et leurs contacts pourraient être retracés. Elles pourraient être interrogées. Des agents d'infiltration pourraient être utilisés; des informateurs pourraient être identifiés et devoir

---

[70] Senate Select Committee on Intelligence, The FBI, and CISPES, S. Rep. n° 101-46, p. 102, cité dans Philip B. Heymann, « Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11 » (2001-2002), 25 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 441, p. 444.

fournir des renseignements concernant une personne. Des renseignements personnels pourraient être inscrits dans des banques de données informatiques et communiqués à d'autres services de police et organismes de renseignement, au Canada et à l'étranger. Chaque fois qu'un enquêteur prend l'une de ces mesures, le droit à la vie privée – défini en termes généraux – sera violé. Ces mesures auront des effets intrusifs variables sur la vie privée. Par exemple, l'interception de communications privées en vertu d'un mandat est une atteinte importante, assujettie à l'examen minutieux des tribunaux. Par ailleurs, la décision d'entreprendre une surveillance physique dans le but de cerner le comportement n'exige ni mandat ni approbation judiciaire.

Il est possible qu'une personne ne connaisse jamais la nature et le contenu des renseignements recueillis à son sujet, qu'elle ne sache pas si ceux-ci sont exacts ou qu'elle ignore à qui ils ont été communiqués. Un commentateur a d'ailleurs dit à ce sujet[71] :

> [TRADUCTION] Le droit à la vie privée [...] confère à une personne la capacité de faire en sorte que des renseignements personnels si importants ne soient pas recueillis et communiqués sans qu'elle ait son mot à dire au sujet du processus et sans qu'elle sache qui possède quels renseignements, les fins ou les motivations de ces entités ou à quoi les renseignements serviront dans l'avenir. Le droit à la vie privée implique le pouvoir de refuser d'être traité avec indifférence par la bureaucratie lorsqu'on se plaint d'erreurs ou que l'on veut que certaines données soient effacées. Ce n'est pas seulement la collecte de données qui pose problème : c'est notre manque total de contrôle sur l'usage qui en est fait ou qui pourrait en être fait dans l'avenir.

Si des accusations sont déposées et qu'une poursuite est intentée, la personne concernée bénéficiera d'un examen externe, notamment une vérification par les tribunaux de la conformité à la Charte. Dans le cas contraire, la personne pourrait ne jamais savoir dans quelle mesure l'État s'est immiscé dans sa vie privée et quels renseignements peuvent demeurer dans des banques de données informatiques.

---

[71] Daniel J. Solove, « Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy » (2000-2001), 53 *Stanford L. Rev.* 1393, p. 1426.

IV. CONCLUSION

Dans le présent document, nous avons décrit les sources des droits et libertés dont nous jouissons dans notre société démocratique libérale. Ces sources comprennent la *Charte*, les codes des droits de la personne, le droit international et les lois sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels. Nous avons ensuite cerné les types de restrictions touchant les droits et libertés qui peuvent découler des activités liées à la sécurité nationale, étape nécessaire lorsque l'on veut établir un juste équilibre entre les droits et libertés et les mesures de sécurité nationale requises pour assurer la sécurité de notre pays et de tous les Canadiens. À cet égard, les propos de la Commission McDonald sont toujours aussi pertinents : « Le Canada doit respecter à la fois les exigences de la sécurité et celles de la démocratie : n'oublions pas que l'objectif fondamental de la première est de protéger la seconde[72]. » Le but du présent document est d'appuyer le travail que poursuit la Commission dans le cadre de son mandat en matière d'examen de la Politique afin que tous les enjeux susceptibles d'avoir une incidence sur la création d'un mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale puissent être déterminés.

---

[72] Rapport de la Commission McDonald, *supra*, p. 44.